promptum est; cum vero res corporales intervenient: et scriptura difficilior fit et obscura portio. Der Zusatz ist von Fällen zu verstehen, in welchem einem oder auch mehreren z. B. tausend Thaler und ein Haus vermacht sind, demnach dem Vermächtnisse etwa die Halbscheid, der dritte Theil abgezogen, oder aber umgekehrt zugesetzt worden. Das Geschriebene wird alsdann verwickelt, und im ersten Falle geräth der bleibende Theil des Vermächtnisses in Dunkelheit, im andern aber der hinzugekommene Theil; jener wie dieser kann demnach das Loos nicht vermeiden, welches ungewissem, oder, welcher der Fall letztes Gesetzes ist, unbestimmteum Vermächtnisse vorbehalten ist. Zugleich begreift aber eben jene Bestimmung einen neuen Beweis, daß gleich gilt, woher die Ungewißheit oder die Dunkelheit komme, welche daß Vermächtniß lähmt, aus dem Vermächtnisse selbst, oder aus der Ademption.

XXXV.

Nachtrag *) zu der Erklärung des §. 3. Inst. de emptione et vendatione 3. 24.

Von Gensler.

Oben, S. 418. wurde der S. 417. unter B. 2 aufgestellte Satz von der fuga und subreptio servorum in Hinsicht auf vernunftlose, lebende und leblose, Sachen als allgemein interpretirt. Dieses scheint gegen die Worte des Gesetzes: is casus rel. anzulaufen. Auch dürften die Schlußworte obiger Abhandlung, S. 424, einer nähern Erklärung bedürfen.

Das Gesetz erwähnt am Eingang allerlei Arten des Zufalls [1]), für welche der Vorläufer nicht hafte, habe er die gesetzliche custodia prästirt. Denn eben dieses sagen die Worte: Quidquid enim sine dolo et culpa rel. Die custodia ist nur pars diligentiae, Bewahrungsvorsicht, und die Diligenz ist nur das Vermeidungsmittel der Culpa—

---

*) Vergl. Heft III. nr. XXX. S. 416. f.

1) Absterben, Verletztwerden, Brand, Wasserschaden, Sturm. Damit sind alle und jede, auch unbenannte Casus bezeichnet.

diese ist das Correlat von jener. Justinian faßt hierauf die Sklaven besonders in das Auge, die, zugleich Vernunftwesen und Sache, unter dem allgemeinen Princip der custodia nicht stehen, insoferne nämlich, als der Verkäufer für ihre Flucht und surreptio ohne ausdrücklichen Vertrag zu haften nicht verbunden ist, während dieses dem Verkäufer eines Thieres, oder einer beweglichen leblosen, dem heimlichen Diebstahl unterworfenen, Sache allerdings gesetzlich obliegt.

Wenn nun das Gesetz nach dem Satz: „verspreche der Verkäufer eines Sklaven, diesen zu custodiren, und der Sklave laufe davon oder werde surripirt, so treffe is casus ihn, den Verkäufer,“ unmittelbar anhängt: idem et in caeteris animalibus caeterisque rebus intelligimus,“ so läßt sich dieses ohne Absurdität von der fuga oder surreptio allein nicht deuten. Denn man müßte annehmen, Justinian habe bei sich gedacht, auch eine leblose Sache könne davon laufen, oder eine unbewegliche Sache könne heimlich gestohlen werden. Diesen Unsinn konnte er um so weniger aussprechen wollen, da selbst die surreptio servi von dem gewöhnlichen Diebstahl bedeutend abweicht. Am wenigsten kann der erwachsene Sklave, welchen Justinian offenbar vor Augen hat, so gestohlen werden, wie ein Stück Vieh, oder eine leblose bewegliche Sache; sondern entweder wird er bewogen, verführt, freiwillig mit dem Subripienten sich zu entfernen, oder er wird von diesem mit Gewalt hierzu gezwungen. Im ersten Fall tritt das Ereigniß in das Gebiet der Flucht eines Vernunftwesens, im zweiten Falle wäre es Raub, Menschenraub, würde der Sklave insoweit nicht als Sache angesehen.

Soll also das Gesetz einen vernünftigen Sinn erhalten, so muß man daran denken, daß Justinian im Eingange von jedem casus spricht und also in den Worten: idem et in caeteris animalibus caeterisque rebus intelligimus auf alle bei diesen denkbare casus zurücksiehet, und für alle diese das Gesetz gibt: wer über die gesetzlich schon obliegende custodia noch eine custodia mittelst Vertrags verspricht, haftet, selbst als schuldlos, für alle diese casus [2].

---

2) Es kann häufig der Fall seyn, daß der Käufer zu viel wagt, wenn er sich nun mit der gesetzlichen Vorschrift begnügt, und daß er sich daher bedingen will, erst durch die Tradition zur Zahlung des Kaufgeldes verbindlich zu werden, bisdahin aber das gesetzliche periculum casus nicht zu tragen. Für diesen möglichen Fall wollte Justinian eine bestimmte Vorschrift geben. Wenn der teutsche Verkäufer verspräche: für die verkaufte Sache zu stehen, bis sie in den Händen des Käufers sey,« so würde man dieses gewiß von dem periculo casus verstehen.

Wollte man das Gesetz beschränken, so müßte es auf Flucht und Diebstahl geschehen, und mithin weiter nur auf Sachen, die entfliehen und gestohlen werden können. Von dem damno injuria dato schweigt das Gesetz in jener Stelle gänzlich, und die nachfolgende: utrique tamen rel. spricht lediglich von dem Fall, wo, weil ein besonderer Vertrag nicht hinzugetreten ist, der Verkäufer entweder gar keine custodia prästirt, wie bei der fuga und surreptio servorum, oder nur die gesetzliche Obhut, ein schuldloser casus aber ihm unmöglich macht, das verkaufte Object zu tradiren.

Uebrigens ist ja gesetzlich erlaubt, nicht nur eine höhere Diligenz [3]), sondern auch jeden casus zu übernehmen [4]), und folgerecht ist es, daß, wenn jemand ausdrücklich verspricht, mehr als die gesetzliche, schon höchste, custodia, zu leisten, hierunter jeder casus verstanden werde [5]) Am wenigsten aber ist es Unsinn, hierunter aber auch die vis major vel divina mit zu verstehen [6]). In der L. 23. Dig. 50. 17. ist nach den Worten: nam hoc servabitur, quod ab initio convenit; legem enim contractus dedit rel., die fuga servorum unter unabwendlichen Naturereignissen und menschlichen Gewaltthätigkeiten mit verzeichnet. Es gibt auch überhaupt keine Grade des casus als solchen. Wer casum im Allgemeinen übernimmt, muß alles über sich ergehen lassen, was die Gesetze bald casum fatalem, oder fortuitum, oder damnum fatale, seu casu fortuito datum, auch fatum, schlechthin nennen, bald, nach der in ihm wirkenden Kraft, vim divinam, vim majorem, vim naturalem rel. [7]).

---

3) L. 1. §. 6 et 35. Dig. 16. 3. L. 23. Dig. 50. 17.

4) L. 7. §. 15. D. 2. 14. L. 39. D. 17. 1. L. 6. in f. Cod. 4. 24. L. 22. Cod. 2. 19. L. 23. Dig. 50. 17.

5) Man erwäge ohne Gläubigkeit die unnatürlichen Drehereien, Fictionen, und das ängstliche Verzerren, bei Hasse S. 515. f.

6) Es stehen hier L. 31. pr. Dig. 19. 1. L. 19. Dig. 13. 6. u. L. 41. Dig. 19. 2. gar nicht im Wege. Sie sprechen von der gesetzlichen custodia und resp. von der gemietheten, welche allbekannt den Casus nicht in sich begreift. Hier ist eine mit der schuldigen Diligenz nicht abwendbare Beschädigung von einem Dritten ein durch Vertrag nicht übernommener und also auch nicht zu prästirender Casus.

7) Z. B. L. 5. §. 4. L. 18. pr. D. 13. 6. L. 52. §. 3. D. 17. 2. L. 11. §. 4 et 5. D. 4. 4. L. 15. §. 2. L. 25 §. 6. D. 19. 2. L. 24. 4. seq. D. 39. 2. L. 2. in f. D. 35. 1. L. 1. §. 4. D. 44. 7. L. 5. Cod. 7. 62. L. 1. Cod. 9. 16. L. 23. D. 50. 17.

Aber grade der Diligenz, den casum abzuwenden, gibt es allerdings. Was für den Tutor als casus gilt, ist es noch nicht für den Conductor, und was diesem als casus angerechnet wird, ist es noch nicht für den Commodatar. Hat jemand die gesetzliche höchste custodia zu prästiren, so befreit ihn freilich nur der casus, welchen er mit der Anstrengung eines diligentissimi patrisfam. nicht abwenden konnte. In solchen Fällen nennen es die Gesetze casum mojorem, cui resisti non potest, — zählen aber dahin sogar die fuga servorum [8]. Wer also für diese zu stehen verspricht, hat einen casum majorem übernommen, und wenn der Verkäufer überhaupt casum übernimmt, so ist die vis divina, major. rel. mit eingeschlossen, indem ja, im Gefolge seiner gesetzlich zu prästirenden höchsten custodia, für ihn ohnehin, und ohne besondern Vertrag, nur das casus ist, cui resisti non potest, d. h. ohne selbst sein Leben und seinen Körper bei aller Vorsicht in Gefahr zu setzen. Wer zweifeln wollte, daß man pacto auch den durch unwiderstehliche Gewalt entstehenden Verlust übernehmen könne, lese nur die L. 1. Cod. de commodato 4. 23. neben den in der Note 4. schon angezogenen Gesetzen.

8) L. 1. §. 4. Dig. 44. 7. mit L. 18. pr. Dig. 13. 5.